

**Der Fussballclub und sein Mietvertrag:
Ein markanter Entscheid zur Übervorteilung.
BGE 123 III 292 ff.**

Prof. Dr. iur. Peter Gauch
Universität Freiburg/Schweiz

Publiziert in: *recht* 2/1998, S. 55 ff. Die Seitenzahlen dieser Publikation sind im nachfolgenden Text in eckiger Klammer eingefügt.

I. Die Übervorteilung

1. [55] Zu den möglichen Mängeln eines Schuldvertrages gehört auch die Übervorteilung. Der Allgemeine Teil des Obligationenrechts regelt sie in **Art. 21 OR**, der wie folgt lautet: „Wird ein offenkundiges Missverhältnis zwischen der Leistung und der Gegenleistung durch einen Vertrag begründet, dessen Abschluss von dem einen Teil durch Ausbeutung der Notlage, der Unerfahrenheit oder des Leichtsinns des andern herbeigeführt worden ist, so kann der Verletzte innerhalb Jahresfrist erklären, dass er den Vertrag nicht halte, und das schon Geleistete zurückverlangen“ (Abs. 1). „Die Jahresfrist beginnt mit dem Abschluss des Vertrages“ (Abs. 2).

Die Bestimmung des Art. 21 OR war im Obligationenrecht von 1881 noch nicht enthalten, sondern wurde erst bei der Revision von 1911 in das Gesetz eingefügt. Inhaltlich befasst sie sich mit der seit Jahrhunderten diskutierten Rechtsfrage, ob das, was eine Partei im Austauschvertrag leistet, gleichwertig sein muss mit dem, was sie bekommt. Die Antwort des Art. 21 OR ist eine vermittelnde. Der blosser Umstand, dass zwischen den vereinbarten Austauschleistungen ein Missverhältnis besteht, reicht nicht aus, um die Geltung des Vertrages in Frage zu stellen, selbst wenn das Missverhältnis ein „offenkundiges“ ist. Wird aber ein offenkundiges Leistungsmissverhältnis durch einen Vertrag begründet, „dessen Abschluss von dem einen Teil durch Ausbeutung der Notlage, der Unerfahrenheit oder des Leichtsinns des andern herbeigeführt worden ist“, so leidet der betreffende Vertrag an einem Mangel, der ihn nach Art. 21 OR einseitig unverbindlich macht.

2. Mit der erwähnten Regel richtet sich Art. 21 OR gegen den **Missbrauch der Vertragsfreiheit**, indem er die eine Partei gegen wirtschaftliche Ausbeutung durch die andere schützt. Obwohl dieser Schutz gerechtfertigt, ja geradezu geboten ist, hat Art. 21 OR in der bisherigen Gerichtspraxis nur dürftige Spuren hinterlassen. Veröffentlichte Gerichtsurteile, die den Artikel zum Schutz des Übervorteilten anwenden, sind selten. Vor kurzem hat nun aber das Bundesgericht einen vielseitigen Entscheid publiziert, der sich eingehend mit der Übervorteilung und ihren Rechtsfolgen befasst. Der in *BGE 123 III 292 ff.* publizierte Entscheid bildet Gegenstand meiner Besprechung. Ich beginne mit dem Sachverhalt, der dem Entscheid zugrunde liegt:

II. Der Sachverhalt

1. Der Sachverhalt, den der höchstrichterliche Entscheid auf S. 293 erzählt, ist keineswegs spektakulär, sondern eher banal. Beteiligt sind **eine Aktiengesellschaft, ein Fussballclub und sein Mietvertrag**. Die Aktiengesellschaft (die Tonwerke Thayngen AG) ist Eigentümerin einer Wiese, die sie mit Vertrag vom 17. Oktober 1974 dem Fussballclub Lohn gegen eine jährliche Entschädigung von Fr. 300.-- vermietet hatte. Am 1. Juni 1990 kündigte sie den Vertrag auf den 31. Dezember 1992, worauf es zu Vertragsverhandlungen zwischen den Parteien kam.

Im Laufe der Verhandlungen offerierte der Fussballclub Lohn, einen jährlichen Zins von Fr. 2'000.-- zu bezahlen, falls ihm die Wiese zum weiteren Gebrauch überlassen werde. Die Aktiengesellschaft unterbreitete ein Gegenangebot über Fr. 3'000.--, das der Club mit Schreiben vom 24. Juli 1991 annahm. Auf dieser Grundlage schlossen die Parteien am 17./22. Januar 1992 einen neuen Vertrag mit Nutzungsbeginn am 1. Januar 1993. Das Entgelt für die Gebrauchsüberlassung vereinbarten sie für die ersten fünf Jahre, d.h. bis Ende 1997, mit jährlich Fr. 3'000.--.

2. Der vertragliche Friede dauerte aber nicht lange. Denn schon mit Klage vom 14. August 1992 beantragte der Fussballclub dem Kantonsgericht Schaffhausen, **«den angefochtenen Mietzins auf Fr. 800.-- im Jahr herabzusetzen»**, wobei er sich auf Art. 21 OR berief, da seine Notlage ausgebeutet worden sei. Die Beklagte schloss auf Abweisung der Klage und Feststellung der Rechtsverbindlichkeit des vereinbarten Mietzinses, eventuell auf Feststellung der vollumfänglichen Unverbindlichkeit des Vertrags. Das angerufene Kantonsgericht gab dem klägerischen Fussballclub Recht und setzte den [56] vertraglich festgesetzten Mietzins auf Fr. 800.-- im Jahr herab. Gleich entschied das Obergericht. Da die Beklagte sich auch mit dem Urteil des Obergerichts nicht abfinden konnte, zog sie die Sache mittels Berufung an das Bundesgericht weiter.

III. Der Entscheid des Bundesgerichts

Das Bundesgericht (BGE 123 III 292 ff.) heisst die Berufung teilweise gut und weist die Streitsache zu neuer Beurteilung an das Obergericht zurück. Der sorgfältig motivierte Entscheid nimmt zu verschiedenen Fragen Stellung, auf die ich nachfolgend in der Reihenfolge des Entscheides eintrete. Sie betreffen:

1. Die Rechtsfolge der Übervorteilung. Sie besteht in der einseitigen Unverbindlichkeit des Vertrages, analog zur Folge des wesentlichen Irrtums (Art. 23 OR). Nach dem Wortlaut des Art. 21 OR „kann der Verletzte innerhalb Jahresfrist“ seit Abschluss des Vertrages „erklären, dass er den Vertrag nicht halte, und das schon Geleistete zurückverlangen“. Stellt man einzig auf diesen Wortlaut ab, so hat der Übervorteilte nur die Wahl, sich entweder auf die Unverbindlichkeit des *ganzen* Vertrages zu berufen oder den wucherischen Vertrag *unverändert* gelten zu lassen. Tertium non datur!

a. Diese Alternative vermag nicht zu befriedigen, da sie den Übervorteilten in vielen Fällen zwingt, zwischen zwei Übeln zu wählen. Deshalb stellt sich *die Grundsatzfrage*, ob der Übervorteilte allenfalls auch berechtigt ist, den wucherischen Vertrag mit einem veränderten Inhalt gelten zu lassen, der das offenbare Leistungsmissverhältnis in Abweichung von der getroffenen Vereinbarung beseitigt. Das Bundesgericht bejaht die Frage, namentlich für den vorliegenden Fall, in dem der Kläger sich auf die Ausbeutung einer Notlage berief. Damit

„präzisiert“ das Gericht seine frühere Rechtsprechung¹ (Regesten). Zugleich setzt es sich in Einklang mit der heute herrschenden Lehre, die es zwar zitiert², aber nicht bloss *rezitiert*, sondern mit einer Fülle eigener Argumente ergänzt. Die Argumentation des Bundesgerichts (S. 294 - 300), die bis zu den Materialien zurückgreift, ist sprachlich kurz gedrängt, wie es sich für ein gutes Urteil geziemt, inhaltlich aber so umfassend, dass, wollte man sie entfächern, dies allein schon einen prallen Aufsatz ergäbe, dem man ganze Abschnitte der neueren Vertragsgeschichte entnehmen könnte.

Nachdem ich zu den glücklichen Autoren gehöre, deren Meinung das Bundesgericht dem Grundsatz nach bestätigt, wird es kaum überraschen, dass ich den höchstrichterlichen Entscheid

¹ Die frühere Rechtsprechung wird im besprochenen Entscheid (S. 295) wie folgt zusammengefasst: In BGE 64 I 39 hatte das Bundesgericht noch „erwogen, das rechtzeitig angefochtene wucherische Geschäft sei wohl im ganzen Umfang unverbindlich, wenngleich auch eine bloss Teilungültigkeit gesetzgeberisch vertretbar wäre. Auf solche sei aber jedenfalls zu schliessen, wenn das Rechtsgeschäft verschiedene Verpflichtungen umfasse und eine davon als einwandfrei erscheine und eine ausgesprochene Sonderstellung einnehme (E. 4 S. 47). In BGE 84 II 107 erkannte das Gericht, der Richter dürfe nicht in Analogie zu Art. 20 Abs. 2 OR auf bloss Teilnichtigkeit schliessen, wenn der Übervorteilte die vollständige Unverbindlichkeit des Vertrags geltend mache (E. 4). In BGE 92 II 168 hat es diese Auffassung in einem obiter dictum als zutreffend bestätigt, die Frage aber ausdrücklich offengelassen (E. 6c). Seither hat sich ihm die Frage der Teilungültigkeit eines wucherischen Vertrags nicht mehr gestellt“.

² Wie das Bundesgericht auf S. 296 ausführt, „vertritt die herrschende jüngere Lehre in der Schweiz entschieden die Auffassung, dass auch im Falle des Art. 21 OR eine richterliche Reduktion oder Anhebung wucherisch überhöhter oder zu niedriger Leistungen stattfinden könne, jedenfalls auf Begehren des Übervorteilten (KRAMER, Berner Kommentar, N 49 zu Art. 21 OR mit zahlreichen Hinweisen; HUGUENIN JACOBS, Basler Kommentar, 2. Aufl., N 16 zu Art. 21 OR; WEBER, Berner Kommentar, N 160 zu Art. 73 OR; SCHRANER, Zürcher Kommentar, N 118 zu Art. 73 OR; BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., S. 234 f.; GAUCH/SCHLUEP, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Band I, Nr. 754 f.; ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, S. 297 f.; ENGEL, Traité des obligations en droit suisse, 2. Aufl., S. 305 f.; MERZ, ZBJV 95, 1959, S. 469 f.; JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY-WERRO, Le contrat contraire aux bonnes moeurs, Diss. Freiburg 1988, S. 354 bei Fn 34; wohl auch HAUSHEER, Die Allgemeinverbindlicherklärung von Kollektivverträgen als gesetzgeberisches Gestaltungsmittel, ZSR 95, 1976, S. 225 ff., 275 bei Fn 87; für eine unterschiedliche Behandlung von Dauer- und Zielverträgen: HONSELL, Die Abwicklung sittenwidriger Darlehensverträge in rechtsvergleichender Sicht, in: Freiheit und Zwang, FS Giger, Bern 1989, S. 287 ff., insb. 295 f.)“.

„Die Möglichkeit einer geltungserhaltenden Behebung der verpönten Äquivalenzstörung durch Reduktion der übersetzten oder Anhebung der untersetzten Leistung wird“, wie das Bundesgericht weiter ausführt, „dogmatisch unterschiedlich begründet, sei es mit einer analogen Anwendung von Art. 20 Abs. 2 OR (namentlich GAUCH, Die Übervorteilung – Bemerkungen zu Art. 21 OR, recht 1989, S. 91 ff., 100; GAUCH/SCHLUEP, a.a.O., Nr. 754; STARK, Die Übervorteilung im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in: Erhaltung und Entfaltung des Rechts in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts, Festgabe der schweizerischen Rechtsfakultäten zur Hundertjahrfeier des Bundesgerichts, Basel 1975, S. 377 ff., 393 ff.; PAUL PIOTET, JT 1958 I 535 ff.), mit einer aus dem Normzweck gewonnenen teleologischen Reduktion der Rechtsfolge von Art. 21 OR unbesehen eines hypothetischen Parteiwillens (namentlich KRAMER, Berner Kommentar, N 53 zu Art. 21 OR; HUGUENIN JACOBS, a.a.O., N 16 zu Art. 21 OR; HONSELL, a.a.O., S. 295), mit einer über Art. 20 Abs. 2 OR hinausreichenden prinzipiell-systematischen Gesetzesauslegung (SPIRO, ZBJV 88, 1952, S. 519 ff.; HAUSHEER, ZSR 95, 1976, S. 274 ff.) oder mit richterlicher Lückenfüllung nach Art. 1 Abs. 2 ZGB (OFTINGER, Betrachtungen über die *laesio* im schweizerischen Recht, in: Ausgewählte Schriften, Zürich 1978, S. 155 ff., 171).“

begrüsse.³ Auch nach meiner Ansicht ist der Übervorteilte allenfalls berechtigt, den Vertrag mit verändertem Inhalt gelten zu lassen. „Dogmatisch“ argumentiere ich mit der Bestimmung des Art. 20 Abs. 2 OR, die ich zusammen [57] mit den Regeln über die „modifizierte“ Teilnichtigkeit⁴ sinngemäss auf Art. 21 OR übertrage.⁵ Das Bundesgericht stützt sich auf den Normzweck des Art. 21 OR, „auf welchen die Tragweite der anzuwendenden Bestimmung teleologisch zu reduzieren“ sei (S. 298 f.). Andere wiederum wählen einen noch anderen Ansatz.⁶ Diese Vielfalt der dogmatischen Begründungen ist aber kein Grund, das Ergebnis in Frage zu stellen. Vielleicht ergibt sie sich einfach aus der Art, wie die menschlichen Gehirne (auch jene der Juristen) funktionieren.⁷ Zunächst bilden wir eine Meinung, und dann finden wir die rationalen Argumente, um sie zu begründen. Das Gefühl, das schneller reagiert als der Intellekt, weist uns in die richtige Richtung, wo dann der logische Verstand seine Funktion erfüllt.⁸

Bei der Lösung einer juristischen Frage ist es vor allem das *Rechtsgefühl*, das in der umschriebenen Weise vorangeht, indem es gewisse Möglichkeiten ausschliesst, andere dagegen hervorhebt. „Die Möglichkeit richterlicher Vertragsgestaltung“, schreibt das Bundesgericht (S. 298), „entspricht augenfällig dem Zeitgeist.“ „Daran kann (fährt das Gericht weiter) auch die Rechtsanwendung nicht vorbeisehen. Blosser Teilnichtigkeit wucherischer Verträge entspricht damit geltungszeitlichem Grundsatzdenken“. Oder anders ausgedrückt: Sie entspricht dem heutigen Rechtsgefühl, das durch den Zeitgeist mitgeprägt ist.

b. Die schöne Harmonie, die im Grundsätzlichen besteht, könnte uns fast vergessen lassen, dass der Teufel im Detail steckt. So aber verhält es sich auch hier. Über das Grundsätzliche hinweg gibt es viele *Einzelfragen*, die auf eine Antwort warten. Einige davon möchte ich ansprechen. Sie betreffen:

- *Die Rechtsnatur der einseitigen Unverbindlichkeit.* Dazu gibt es zwei Theorien, die heutzutage im Vordergrund stehen. Nach der Anfechtungstheorie ist der einseitig unverbindliche Vertrag zwar gültig zustande gekommen, kann aber vom Übervorteilten innerhalb der gesetzlichen Frist angefochten werden, wodurch die Geltung des Vertrages mit Wirkung ex tunc entfällt.⁹ Gerade umgekehrt verhält es sich nach der Ungültigkeitstheorie, die ich favorisiere.¹⁰ Danach ist der einseitig unverbindliche Vertrag zwar ungültig zustande gekommen, worauf sich jedoch nur der Verletzte berufen kann; verpasst der Übervorteilte die gesetzliche Jahresfrist, um dies zu tun, oder genehmigt er den Vertrag auf andere Weise, so gilt der Vertrag von Anfang so, wie er vereinbart wurde. Nach der ersten Theorie ist der abgeschlossene Vertrag von Anfang an gültig, jedoch unter Vorbehalt der Anfechtung; nach der zweiten Theorie ist er ungültig, jedoch unter Vorbehalt der nachträglichen Genehmi-

³ Das *Gegenteil* wäre überraschend, da wir nun einmal so konditioniert sind, dass wir uns kaum je von einer früher geäusserten Ansicht trennen, namentlich dann nicht, wenn sie gerade höchstrichterlich bestätigt wurde.

⁴ Vgl. dazu GAUCH/SCHLUEP, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Zürich 1995, Nr. 703 ff.; HÜRLIMANN, Teilnichtigkeit von Schuldverträgen nach Art. 20 Abs. 2 OR, Diss. Freiburg 1984, S. 74 ff.

⁵ GAUCH, Die Übervorteilung – Bemerkungen zu Art. 21 OR, recht 1989, S. 100. Auf eine sinngemässe Anwendung des Art. 20 Abs. 2 OR stützen sich auch andere Autoren (vgl. Anm. 2).

⁶ Vgl. die Zusammenfassung des Bundesgerichts in Anm. 2.

⁷ Vgl. dazu GOLEMAN, Emotionale Intelligenz, deutsche Übersetzung, München/Wien 1996.

⁸ Vgl. GOLEMAN, a.a.O., S. 48.

⁹ Vgl. GAUCH/SCHLUEP, zit. in Anm. 4, Nr. 896.

¹⁰ GAUCH/SCHLUEP, zit. in Anm. 4, Nr. 890 ff.

gung.

Das Gesagte bedarf nun einer *Ergänzung* für den Fall, da der Übervorteilte berechtigt ist, den wucherischen Vertrag mit verändertem Inhalt aufrechtzuerhalten, statt zu erklären, dass er ihn überhaupt nicht halte. Macht er innerhalb der gesetzlichen Jahresfrist von diesem Modifikationsrecht Gebrauch, so bewirkt er, dass der Vertrag von Anfang an (also „rückwirkend“) mit verändertem Inhalt gilt. Insoweit macht es keinen Unterschied, ob man von der Anfechtungs- oder von der Ungültigkeitstheorie ausgeht. „Konstruktiv“ aber ist zu unterscheiden: Nach den Vorgaben der Anfechtungstheorie ändert sich der Inhalt des gültig zustandegekommen Vertrages, weil der Übervorteilte den Vertrag nur mit diesem Inhalt gelten lässt. Nach den Vorgaben der Ungültigkeitstheorie wird der Vertrag mit verändertem Inhalt gültig, weil ihn der Übervorteilte mit diesem Inhalt genehmigt. Nach beiden Konstruktionen beruht die Veränderung der Rechtslage auf einer entsprechenden Gestaltungserklärung des Übervorteilten.

Soweit der Theorienstreit! *Welcher Theorie aber folgt das Bundesgericht?* Im Picasso-Entscheid hatte das Bundesgericht sich klar gegen die Anfechtungstheorie ausgesprochen¹¹, was die Literatur in Bewegung setzte¹². Im vorliegend besprochenen Entscheid vermeidet es dagegen eine ausdrückliche Stellungnahme. Diese Zurückhaltung ist zu respektieren, auch wenn man versucht sein könnte, aus der einen oder andern Wendung, die das [58] Gericht gebraucht, etwas für die eine oder andere Theorie abzuleiten. *Ein* Punkt allerdings bedarf der Klarstellung. Er betrifft die Wirkkraft des Modifikationsrechts:

- *Die Wirkkraft des Modifikationsrechts.* Welcher Theorie man immer folgt, – das Recht des Übervorteilten, den wucherischen Vertrag mit verändertem Inhalt gelten zu lassen, ist ein *privates Gestaltungsrecht*, also kein *Gestaltungsklagerecht*, das sich auf eine *gerichtliche* Umgestaltung der Rechtslage richtet.¹³ Als privates Gestaltungsrecht verleiht es dem Übervorteilten die Macht, die Vertragslage unmittelbar, durch einseitige Willenserklärung, umzugestalten, ohne dass der Richter dazwischentreten muss. Nicht *der Richter* gestaltet die Vertragslage, sondern *der Übervorteilte selbst*, falls er dem Ausbeuter fristgerecht erklärt, dass er den Vertrag mit verändertem Inhalt gelten lässt. Analog verhält es sich auch im gesetzlich geregelten Fall, da der Übervorteilte erklärt, dass er den Vertrag überhaupt nicht halte (Art. 21 Abs. 1 OR). Warum es anders sein sollte, wenn der Übervorteilte es vorzieht, den Vertrag mit verändertem Inhalt aufrechtzuerhalten, ist um so weniger einzusehen, als *Gestaltungsklagerechte* im schweizerischen Vertragssystem ohnehin die Ausnahme bilden, private Gestaltungsrechte dagegen geläufig sind.

Trifft das Gesagte aber zu, so geht es im vorliegenden Zusammenhang weder um eine „richterliche Inhaltskorrektur“ noch um die „Möglichkeit richterlicher Vertragsgestaltung“. Dass das Bundesgericht die soeben zitierten Ausdrücke verwendet (S. 298), könnte man als sprachliches Versehen abtun, wenn nicht die übrigen Erwägungen wären. Aus ihnen ergibt sich, dass das Gericht sich auch materiell von der Idee einer *richterlichen* Inhaltskorrektur leiten lässt. So weist es die Vorinstanz an, „den Mietzins herabzusetzen“, sofern sie bei erneuter Prüfung des aufgehobenen Entscheides den Übervorteilungstatbestand aufs Neue bejahen sollte (S. 305). Überhaupt wurde der ganze Prozess unter der Prämisse der richterlichen Vertragsgestaltung geführt, hatte doch schon der Kläger in seinem Klagebegehren eine richterliche Herabsetzung des Mietzinses verlangt (S. 293), was nichts anderes als eine

¹¹ BGE 114 II 143.

¹² Vgl. statt vieler: WIEGAND, Bemerkungen zum Picasso-Entscheid, recht 1989, S. 101 ff.

¹³ Zum Unterschied vgl. GAUCH/SCHLUEP, zit. in Anm. 4, Nr. 73 ff.

Gestaltungsklage ist, mit der ein „gerichtlicher Eingriff“ in den Vertragsinhalt verlangt wurde (S. 294). Wie aber der Richter auf eine Gestaltungsklage reagieren muss, wenn das vom Kläger geltend gemachte Recht in Wirklichkeit ein privates Gestaltungsrecht ist, das haben die Prozessrechtler zu beurteilen. Meines Erachtens liegt es allerdings nahe, dass der Richter die betreffende Gestaltungsklage in eine Feststellungsklage umdeutet und bei gegebenem Rechtsschutzbedürfnis¹⁴ als solche beurteilt. Wählt er diesen Weg, so darf er davon ausgehen, dass ein bestehendes Gestaltungsrecht des Klägers spätestens mit der Einreichung der Klage und ihrer Zustellung an die Gegenpartei ausgeübt wurde, weil jede Gestaltungsklage auch den Gestaltungswillen des Klägers zum Ausdruck bringt.

- *Die Bedeutung des hypothetischen Parteiwillens.* Sind wir uns darüber einig, dass der Übervorteilte allenfalls berechtigt ist, den Vertrag mit einem veränderten Inhalt aufrechtzuerhalten, so stellt sich immer noch die Frage, ob dies in jedem Fall zutrifft und worin die konkrete Inhaltsänderung besteht. Meines Erachtens ist von Fall zu Fall zu entscheiden, und zwar nach dem Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 2 ZGB), der das ganze Vertragsrecht beherrscht. Als praktische Entscheidungshilfe bietet sich die normativ verstandene Figur des „hypothetischen Parteiwillens“ an¹⁵, die auf den hypothetischen Willen vernünftig und korrekt handelnder Vertragspartner abstellt und auf diese Weise den Grundsatz von Treu und Glauben konkretisiert. In Anlehnung an Art. 20 Abs. 2 OR lässt sich daher formulieren, dass das Recht des Übervorteilten, den Vertrag mit verändertem Inhalt aufrechtzuerhalten, nur dann und nur insoweit besteht, als im Einzelfall anzunehmen ist, der betreffende Vertrag wäre von redlichen Vertragspartnern auch mit dem betreffenden Inhalt abgeschlossen worden. Nach Massgabe des „hypothetischen Parteiwillens“ kann die zulässige Veränderung z.B. im schlichten Wegfall einer einzelnen Vertragsklausel (etwa einer Haftungs- oder Freizeichnungsklausel) oder darin bestehen, dass die Leistungspflicht des Übervorteilten reduziert oder jene des Ausbeuters erhöht wird. Im Vordergrund steht die Reduktion der vom Übervorteilten versprochenen Leistung.¹⁶ In keinem Fall aber kann der Übervorteilte mehr [59] oder etwas anderes verlangen, als erforderlich ist, um das offenbare Leistungsmissverhältnis zu beseitigen.¹⁷

Das Bundesgericht (S. 298 f.) orientiert sich an einer anderen Denkfigur, indem es an der

¹⁴ Zum vorausgesetzten Rechtsschutzbedürfnis vgl. z.B. 123 III 51.

¹⁵ GAUCH, recht 1989, S. 100.

¹⁶ Vgl. HÜRLIMANN, zit. in Anm. 4, S. 101.

¹⁷ Das gilt auch für den Fall, da die Leistungspflicht des Übervorteilten herabgesetzt wird, was aber nicht unbestritten ist. Nach einer anderen Auffassung ist die Leistungspflicht des Übervorteilten auf das marktübliche Durchschnittsentgelt zu reduzieren, also nicht nur so weit herabzusetzen, bis das offenbare Missverhältnis entfällt (HUGUENIN JACOBS, Basler Kommentar, 2. Aufl., N 16 zu Art. 21 OR). Das Bundesgericht hält sich bedeckt, indem es ausführt (S. 305): „Für diese (andere) Auffassung spricht ... der Schutzzweck von Art. 21 OR. Danach soll der Wucherer nicht risikolos davon ausgehen dürfen, das privatrechtlich höchstzulässige Entgelt sei ihm jedenfalls und unbesehen seiner Ausbeutung garantiert (KRAMER, Berner Kommentar, N 52 zu Art. 21 OR mit Hinweisen; HUGUENIN JACOBS, Basler Kommentar, 2. Aufl., N 16 zu Art. 21 OR). Dagegen liesse sich allerdings einwenden, Art. 21 OR sei keine Strafnorm und erfordere nicht mehr als die Vermeidung von Wucher. Dies würde im Einklang etwa mit der Rechtsprechung zur Verletzung von Höchstzinsvorschriften stehen, wonach ein übersetzter Zins regelmässig nicht auf das übliche Durchschnittsmass, sondern auf das gesetzliche Höchstmass, z.B. das konkordatsrechtliche von 18%, reduziert wird (BGE 93 II 189). Die Frage kann indes im vorliegenden Fall offen bleiben, da insoweit die Rechtsauffassung der Vorinstanz nicht beanstandet wurde.“

Idee der teleologischen Reduktion anknüpft und den Rückgriff auf den „hypothetischen Parteiwillen“ nur insoweit als notwendig erachtet, als „nicht bloss ein Übermass rechnerisch-quantitativ zu reduzieren, sondern zusätzlich eine qualitative Vertragsgestaltung erforderlich ist“. Die einschlägigen Erwägungen des Gerichts¹⁸ greifen über die hier zu behandelnde Frage hinaus, indem sie sich generalisierend auf alle Fälle beziehen, in denen „die rechtliche Missachtung sich auf das Übermass beschränkt“. Für solche Fälle ergebe sich, wie das Bundesgericht schreibt, „die blossе Teilunwirksamkeit des mangelhaften Rechtsgeschäfts ... aus dem jeweiligen Normzweck selbst, auf welchen die Tragweite der anzuwendenden Bestimmung ... teleologisch zu reduzieren“ sei. „Der gegen eine Gesetzesbestimmung verstossende Vertrag“ sei „nur dann - und eben auch nur insoweit - nichtig, als diese Folge sich aus Sinn und Zweck der verletzten Norm ergibt“.

Diese allgemeine Explikation der Teilunwirksamkeit verdient eine umfassende Würdigung, die alle massgebenden Bestimmungen des schweizerischen Rechts (namentlich auch Art. 20 Abs. 2 OR¹⁹) einbezieht. Darauf muss ich in meiner Besprechung verzichten, um das Fuder nicht zu überladen. Bezogen auf den vorliegenden Kontext, in dem es einzig um die Aufrechterhaltung eines ausbeuterischen Vertrages mit verändertem Inhalt geht, erlaube ich mir jedoch die folgenden Anmerkungen: Erstens ist zu präzisieren, dass Art. 21 OR (im Unterschied zu anderen Gesetzesbestimmungen) nicht den vereinbarten Vertragsinhalt *an sich* verpönt, sondern die Art und Weise, wie es zur Vereinbarung des offenbaren Leistungsmissverhältnisses kommt, weshalb er keinen Tatbestand regelt, in dem „die rechtliche Missachtung sich auf das Übermass beschränkt“. Zweitens gibt der Zweck des Art. 21 OR keine unmittelbare Antwort auf die Frage, ob der Übervorteilte *im konkreten Fall* berechtigt

¹⁸ Im Volltext lauten sie: „Leitgedanke ist ... allemal, dass, wo blosses Übermass als unzulässig erscheint, die rechtliche Missachtung sich auf das Übermass beschränkt, mithin die Rechtsfolge der Unwirksamkeit, beruhe sie auf Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit, in solchen Fällen nicht zwingend qualitativ, sondern vorerst quantitativ zu beachten und zu beheben ist (SPIRO, ZBJV 88, 1952, S. 459). Die blossе Teilunwirksamkeit des mangelhaften Rechtsgeschäfts folgt dabei aus dem jeweiligen Normzweck selbst, auf welchen die Tragweite der anzuwendenden Bestimmung, reiche ihr Wortsinn auch darüber hinaus, teleologisch zu reduzieren ist (HONSELL, in: FS Giger, Bern 1989, S. 288 f. und 295; BGE 121 III 219 E. 1d/aa). Die blossе Teilunwirksamkeit folgt damit unmittelbar aus der Verbotsnorm, und ein entsprechender hypothetischer Parteiwille ist dem Grundsatz der Teilnichtigkeit nicht vorausgesetzt, sondern hat allenfalls für die Bestimmung der angemessenen Rechtsfolge, d.h. den Inhalt der Ersatzordnung, Bedeutung (SPIRO, ZBJV 88, 1952, S. 459; KRAMER, Berner Kommentar, N 345 ff. zu Art. 19-20 OR; HUGUENIN JACOBS, Basler Kommentar, N 61 zu Art. 19/20 und N 16 zu Art. 21 OR). Dies ist allerdings nur dort notwendig, wo nicht bloss ein Übermass rechnerisch-quantitativ zu reduzieren, sondern zusätzlich eine qualitative Vertragsgestaltung erforderlich ist. Richtig besehen ist der gegen eine Gesetzesbestimmung verstossende Vertrag nur dann – und eben auch nur insoweit – nichtig, als diese Folge sich aus Sinn und Zweck der verletzten Norm ergibt (BGE 119 II 222 E. 2; 121 IV 365 E. 9a).“

¹⁹ Art. 20 Abs. 2 OR enthält gewissermassen die „Paradebestimmung“ zur Teilunwirksamkeit. Gerade sie aber widerspricht der generellen Analyse, wonach „die blossе Teilunwirksamkeit ... unmittelbar aus der Verbotsnorm“ folgt, ohne dass „ein entsprechender hypothetischer Parteiwille ... dem Grundsatz der Teilnichtigkeit“ vorausgesetzt ist (vgl. Anm. 18). Denn teilnichtig im Sinne des Art. 20 Abs. 2 OR sind Verträge nach der ausdrücklichen Anordnung des Gesetzgebers nur dann, wenn nicht „anzunehmen ist“, dass der Vertrag „ohne den nichtigen Teil überhaupt nicht geschlossen worden wäre“. Das massgebliche Kriterium, das in Art. 20 Abs. 2 OR über die Ganz- oder Teilnichtigkeit entscheidet, ist also der „hypothetische Parteiwille“, der richtigerweise in einem normativen Sinne verstanden wird (GAUCH/SCHLUEP, zit. in Anm. 4, Nr. 700; so auch der besprochene Entscheid auf S. 297).

ist, den Vertrag mit verändertem Inhalt aufrechtzuerhalten, und worin die konkret zulässige Veränderung besteht, weshalb eine zusätzliche Orientierungshilfe in beiderlei Hinsicht erforderlich bleibt. Drittens ist zu befürchten, dass der dogmatische Input des Bundesgerichts zur falschen Annahme verleitet, der Übervorteilte, der die unveränderte Geltung des ausbeuterischen Vertrages ablehnt, könne *in jedem Fall* und *nur* die Aufrechterhaltung des Vertrages mit verändertem Inhalt verlangen, statt sich auf die Unverbindlichkeit des ganzen Vertrages zu berufen. Richtig dagegen ist, dass über den Bestand eines Modifikationsrechts von Fall zu Fall zu entscheiden ist und der Übervorteilte auch dann zum Verzicht auf den ganzen Vertrag [60] berechtigt bleibt, wenn er im konkreten Fall über ein Modifikationsrecht verfügt. Wäre das Letztere anders, so würde sich die erste Frage, die ich nachfolgend behandle, gar nicht stellen.

- *Die Position des Ausbeuters.* Diesbezüglich stellen sich zwei Fragen. Die *erste Frage* betrifft den Fall, da der Übervorteilte die *Unverbindlichkeit des ganzen Vertrages* geltend macht, indem er gesetzeskonform erklärt, dass er den abgeschlossenen Vertrag nicht halte (Art. 21 OR). Die Frage geht dahin, ob der Ausbeuter den „Verlust“ des ganzen Vertrages abwenden kann, indem er jetzt seinerseits verlangt, dass der abgeschlossene Vertrag mit einem veränderten Inhalt gilt, der das offenbare Missverhältnis der Austauschleistungen beseitigt. Diese Frage wird im besprochenen Urteil zwar aufgeworfen, vom Bundesgericht aber offen gelassen (S. 300). Meines Erachtens ist sie in Übereinstimmung mit der früheren Rechtsprechung zu verneinen.²⁰ Dem Übervorteilten kann die „Fortsetzung des Vertrages mit verändertem Inhalt nicht aufgezwungen werden“ (BGE 84 II 114, 92 II 179), auch nicht dadurch, dass man dem Ausbeuter „nach gutem römischem Vorbild“ gestattet, „durch Nachleistung der Wertdifferenz“, das Geschäft zu retten.²¹ Wer die Schwäche eines andern ausgebeutet hat, um sich durch Vereinbarung eines offenbaren Leistungsmissverhältnisses zu bereichern, verdient keine Rücksichtnahme, wenn der Ausgebeutete es vorzieht, auf den ganzen Vertrag zu verzichten. Wollte man anders entscheiden, so würde die Ausbeutung, obwohl gesetzlich verpönt, eher gefördert als bekämpft, könnte doch der Ausbeuter bei Vertragsabschluss darauf spekulieren, notfalls den Vertrag mit dem noch zulässigen Inhalt gelten zu lassen.

Die *zweite Frage* betrifft den Fall, da der Übervorteilte zu Recht verlangt, dass der ausbeuterische *Vertrag mit verändertem Inhalt* gilt. Für diesen Fall fragt sich, ob der Ausbeuter die Geltung des inhaltlich veränderten Vertrages gestützt auf die Regeln über den Irrtum (Art. 23 ff. OR) bestreiten kann. Das ist zu verneinen. Weder hat sich der Ausbeuter in einem Erklärungsirrtum befunden, noch kann er sich auf Grundlagenirrtum berufen. Der Erklärungsirrtum besteht in einer falschen oder mangelnden Vorstellung des Irrenden über die Ausdruckskraft des eigenen Erklärungsverhaltens, woran es vorliegend fehlt. Und ein (wesentlicher) Grundlagenirrtum (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR) fällt schon deshalb ausser Betracht, weil ein allfälliger Motivirrtum des Ausbeuters, der den Vertrag mit dem jetzt geltenden Inhalt nicht abgeschlossen hätte, keinen Sachverhalt betrifft, den der Ausbeuter „nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr“ als notwendige Grundlage des Vertrages

²⁰ So schon GAUCH, recht 1989, S. 100; GAUCH/SCHLUEP, zit. in Anm. 4, Nr. 755; gleich z.B. auch KRAMER, Berner Kommentar, N 51 zu Art. 21 OR und HÜRLIMANN, zit. in Anm. 4, S. 101 f.; anders z.B. BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Zürich 1988, S. 235.

²¹ So aber BUCHER, zit. in Anm. 20, S. 237. Entgegen der Ansicht von BUCHER vermag das Römische Recht im erwähnten Punkt so wenig Vorbild zu sein wie etwa das französische Recht, da Art. 21 OR von beiden „Ordnungen“ schon durch das subjektive Erfordernis der Ausbeutung abweicht.

betrachten durfte.²² Das Recht des Übervorteilten, den ausbeuterischen Vertrag mit verändertem Inhalt gelten zu lassen, würde geradezu konterkariert, könnte der Ausbeuter entgegenhalten, dass er mit einer solchen Vertragsänderung nicht gerechnet, sie im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht bedacht oder gedanklich ausgeschlossen habe. Nach richtiger Auffassung kann der Irrtum über die Rechtsfolgen (die Rechtswirkung) eines Vertrages überhaupt nie ein Grundlagenirrtum sein.²³

Zum gleichen Ergebnis kommt in der zweiten Frage auch das Bundesgericht (S. 300 f.), das argumentativ an seiner dogmatischen Vorgabe anknüpft.²⁴ Darüber hinaus hält das [61] Gericht fest, dass „dem notleidenden Bewucherten“ auch keine „arglistige Täuschung“²⁵ im Sinne von Art. 28 OR angelastet werden“ könne, selbst wenn „er bereits bei Abschluss des wucherischen Vertrags dessen spätere Anfechtung in Aussicht“ genommen habe (S. 301). Etwas anderes liefe, wie das Gericht bemerkt, „auf eine Missachtung des Schutzzweckes von Art. 21 OR hinaus“. Das ist in der Tat richtig²⁶, weshalb der Ausbeuter, der die Notlage eines andern missbraucht hat, sich nicht darauf berufen kann, er sei über dessen Absicht, den Vertrag mit nur verändertem Inhalt gelten zu lassen, bei Abschluss des Vertrages getäuscht worden. Bezieht sich der Täuschungsvorwurf auf die blossе Verschweigung der erwähnten Absicht, so fehlt es rechtlich schon an der vorgeworfenen Täuschung, da ein Übervorteilter, dessen Notlage ausgebeutet wird, weder nach Treu und Glauben noch

²² Eine zusätzliche Berufung auf Art. 25 Abs. 1 OR erübrigt sich. Diese Regel betrifft nicht das Vorliegen, sondern die „Geltendmachung“ (Randtitel) eines wesentlichen Irrtums, stösst also ins Leere, wenn es schon am wesentlichen Irrtum fehlt.

²³ BGE 118 II 63; GAUCH/SCHLUEP, zit. in Anm. 4, Nr. 783; teilweise anders: SCHMIDLIN, Berner Kommentar, N 339 ff. zu Art. 23/24 OR; kritisch zu BGE 118 II 63: KRAMER, BJM 1995, S. 20 ff.

²⁴ Die einschlägige Passage lautet: „Für den Fall, dass der Übervorteilungstatbestand entgegen ihrer eigenen Auffassung erfüllt sein sollte, widersetzt die Beklagte sich ... einer geltungserhaltenden Reduktion und beansprucht die totale Unwirksamkeit des Mietvertrags, wobei sie sich auf Willensmängel beruft. Das Begehren ist von vornherein unbegründet. Folgt die Möglichkeit richterlicher Vertragskorrektur im Sinne einer blossen Teilunwirksamkeit unmittelbar aus dem Normzweck von Art. 21 OR, kommt dem hypothetischen Parteiwillen – wie erwähnt – höchstens noch für die Neugestaltung des Vertragsinhalts Bedeutung zu, nicht mehr aber für den Grundsatzentscheid. Es widerspräche denn auch klar dem Schutzzweck der Bestimmung, sollte der Wucherer sich unter Berufung auf einen subjektiven hypothetischen Parteiwillen der sachgerechten Anpassung des Vertrags widersetzen können (KRAMER, Berner Kommentar, N 53 zu Art. 21 OR; HUGUENIN JACOBS, Basler Kommentar, 2. Aufl., N 16 zu Art. 21 OR). Im übrigen fällt das Ergebnis nicht anders aus, wenn ein hypothetischer Parteiwille auch auf Seiten des Übervorteilers berücksichtigt wird, sofern dieser Wille richtigerweise an einem normativen, an redlichen Vertragspartnern angelegten Massstab und nicht an den subjektiven Vorstellungen des Wucherers orientiert wird (GAUCH/SCHLUEP, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Nr. 754). Dies aber schliesst aus, dass dieser sich erfolgreich mit der Begründung auf Irrtum berufen kann, die wucherische Geschäftsgrundlage sei ihm – für den Kontrahenten erkennbar – wesentlich gewesen. Solchem Vorgehen steht bereits Art. 24 Abs. 1 OR (gemeint wohl: Art. 25 Abs. 1 OR) entgegen, wonach die Berufung auf Irrtum unstatthaft ist, wenn sie Treu und Glauben widerspricht.“

²⁵ Das Bundesgericht spricht von „arglistiger“ Täuschung, während Art. 28 OR eine „absichtliche“ Täuschung genügen lässt, die keine besondere Arglist voraussetzt.

²⁶ Für sich genommen richtig ist gewiss auch die Feststellung des Bundesgerichts, „Arglist“ könne „nicht darin liegen, dass ein Verhandlungspartner sich darüber ausschweigt, gesetzeskonform vorgehen zu wollen“ (S. 301). Diese Feststellung hilft aber nicht weiter, da Art. 28 OR eine *absichtliche* Täuschung genügen lässt, also keine Arglist des Täuschenden voraussetzt (Anm. 25).

sonstwie verpflichtet ist, den Ausbeuter über die beabsichtigte Ausübung der ihm aus der Übervorteilung zustehenden Rechte aufzuklären.²⁷ Wie es sich verhält, wenn nicht die Notlage, sondern die Unerfahrenheit oder der Leichtsinns des Übervorteilten ausgebeutet wird, mag dahingestellt bleiben. In aller Regel aber entfällt hier das Problem, da ein Vertragspartner, der schon bei Vertragsabschluss an die Rechtsbehelfe der Übervorteilung denkt, kaum je „unerfahren“ ist oder „leichtsinnig“ handelt, weshalb insofern gar keine Übervorteilung vorliegt.

2. Die Notlage des Übervorteilten. Zum Tatbestand der Übervorteilung gehört, dass eine Partei eine bestimmte Schwäche der andern ausbeutet, um den Vertrag mit dem offenbaren Leistungsmissverhältnis abzuschliessen. Art. 21 Abs. 1 OR nennt drei Schwächelagen: die Notlage, die Unerfahrenheit und den Leichtsinns. Im vorliegenden Fall machte der klagende Fussballclub geltend, dass seine *Notlage* ausgebeutet worden sei. Da die Beklagte dies bestritt, war schon von der Vorinstanz zu prüfen, ob eine Notlage im Sinne des Art. 21 OR vorgelegen hatte. Auf diese Frage, die von der Vorinstanz bejaht wurde, kommt auch das Bundesgericht zurück:

a. Zunächst definiert das Bundesgericht den gesetzlichen *Begriff der Notlage*. Dabei kreiert es keine Neuigkeit, sondern hält sich an die herrschende Lehre und Rechtsprechung, die es wie folgt zusammenfasst (S. 301): „Eine Notlage im Sinne von Art. 21 OR liegt vor, wenn sich eine Partei bei Vertragsabschluss in starker Bedrängnis, in einer Zwangslage befindet. Die romanischen Gesetzestexte sind insoweit aussagekräftiger als der deutsche, wenn sie das Tatbestandselement mit ‘gêne’ oder – am deutlichsten – mit ‘bisogni’ umschreiben.²⁸ In Betracht fällt dabei nicht nur die wirtschaftliche Bedrängnis, sie kann auch persönlicher, familiärer, politischer oder anderer rechtserheblicher Natur sein.²⁹ Entscheidend ist, dass ein Verhandlungspartner den Abschluss des für ihn ungünstigen Vertrags gegenüber der Inkaufnahme drohender Nachteile als das kleinere Übel betrachtet³⁰, sofern diese Güterabwägung auch in objektiver Betrachtung (Art. 2 Abs. 1 ZGB) als vertretbar erscheint. Auf eine solche Notlage kann sich ebenfalls eine juristische Person berufen³¹.“

b. In einem *weiteren Schritt* prüft das Bundesgericht, ob der klagende Fussballclub sich bei Abschluss des Vertrages in einer Notlage befunden hat (S. 302). In tatsächlicher Hinsicht übernimmt es die für das Bundesgericht verbindliche Feststellung der Vorinstanz, dass der Fussballclub auf den gemieteten Spielplatz angewiesen war, weil er ohne den Platz seine Lizenz

²⁷ Eine absichtliche Täuschung durch Schweigen setzt stets voraus, dass der Vertragspartner des angeblich Getäuschten eine Aufklärungspflicht verletzt, die sich im Einzelfall aus Treu und Glauben oder aus einem sonstigen Grund ergibt (vgl. GAUCH/SCHLUEP, zit. in Anm. 4, Nr. 861 ff.).

²⁸ Zitiert: GAUCH, recht 1989, S. 96.

²⁹ Zitiert: BGE 61 II 31 E. 2b, 84 II 107 E. 2; KRAMER, Berner Kommentar, N 36 zu Art. 21 OR; HUGUENIN JACOBS, Basler Kommentar, 2. Aufl., N 11 zu Art. 21 OR; STARK, in: Festgabe der schweizerischen Rechtsfakultäten zur Hundertjahrfeier des Bundesgerichts, Basel 1975, S. 383 ff.

³⁰ Zitiert: STARK, in: Festgabe der schweizerischen Rechtsfakultäten zur Hundertjahrfeier des Bundesgerichts, Basel 1975, S. 384; GAUCH, recht 1989, S. 96; HUGUENIN JACOBS, Basler Kommentar, 2. Aufl., N 11 zu Art. 21 OR.

³¹ Zitiert: BGE 84 II 107 E. 2; KRAMER, Berner Kommentar, N 38 zu Art. 21 OR mit Hinweisen; STARK, in: Festgabe der schweizerischen Rechtsfakultäten zur Hundertjahrfeier des Bundesgerichts, Basel 1975, S. 383 Anm. 32.

und damit wohl auch seine Existenzberechtigung verloren hätte. Diese Gefahr reicht für das Bundesgericht aus, um eine Notlage im definierten Sinne zu bejahen.

Demzufolge anerkennt das Bundesgericht (gleich wie die Vorinstanz), dass sich der Kläger in einer Notlage im Sinne des Art. 21 OR befand. Dass auch „Verträge im Freizeitbereich“ in einer „objektiv rechtserheblichen“ Notlage [62] geschlossen werden könnten, sei zwar nicht leichthin anzunehmen. Grundsätzlich anders aber verhalte es sich, wenn der Vertragsgegenstand für eine Partei von existentieller Bedeutung sei, selbst wenn ihre Existenz sich allein aus dem Zweck der Freizeitgestaltung herleite. Indem das objektive Recht dem Verein den idealen Zweck als Grundlage juristischer Existenz genügen lasse, gar als notwendig erachte (Art. 60 ZGB), stelle es von vornherein auch ihm seinen Rechtsbehelf gegen existenzbedrohende Ausbeutung zur Verfügung.

Ob das Bundesgericht mit den soeben zitierten Erwägungen auf einen Einwand der Beklagten reagiert oder ob es die Besonderheit der „Freizeitverträge“ von sich aus anspricht, lässt sich den Erwägungen nicht entnehmen. Anders ist es mit dem Einwand, die wirtschaftliche Situation des Fussballclubs „erlaube offensichtlich ohne weiteres eine Belastung der Vereinskasse mit dem vereinbarten Mietzins“. Dieser Einwand der Beklagten (S. 302) wird vom Bundesgericht verworfen, weil er, wie das Gericht zu Recht festhält, den massgeblichen Begriff der Notlage verkennt. Denn: „Einerseits (so das Bundesgericht) muss die Bedrängnis nicht wirtschaftlicher Natur sein, und andererseits ist nicht zu fragen, ob ein Vertragspartner durch (den) Abschluss des für ihn ungünstigen Vertrags in eine Notlage geraten ist, sondern ob er sich aus einer Notlage heraus gezwungen sah, den mit diesem Inhalt nicht gewollten Vertrag abzuschliessen. In einer Notlage im Sinne von Art. 21 OR kann sich daher durchaus auch befinden, wer die Mittel zur Verfügung hat, das geforderte Übermass zu leisten.“

c. Dass das Bundesgericht dem klagenden Fussballclub zubilligt, den für ihn ungünstigen Vertrag aus einer Notlage heraus abgeschlossen zu haben, hält einer *kritischen Würdigung* stand, was ich allerdings nicht „vorurteilslos“ sage. Denn schon früher habe ich postuliert, Art. 21 OR sei möglichst weit auszulegen, auch was das Element der Notlage betrifft.³² Zwar mag es zutreffen, dass der historische Gesetzgeber unter dem Eindruck der damaligen Verhältnisse auf eine eher geringere Tragweite der Bestimmung tendiert hat. Seit *damals* aber haben sich die sozialen Verhältnisse und mit ihnen auch das generelle Verständnis des Vertragsrechts geändert, was das Bundesgericht nicht nur theoretisch releviert (S. 297 f.), sondern gerade auch mit der konkreten Anwendung des Notlagebegriffs in die Praxis umsetzt. Während andere, die für eine restriktive Auslegung des Art. 21 OR plädieren, die höchstrichterliche Bejahung einer Notlage vielleicht nur mit Zurückhaltung registrieren, erachte ich den diesbezüglichen Entscheid als zeitgemäss und richtig. Legt man die Ausführungen des Gerichts auf die Goldwaage, wozu ein „Rezensent“ sich fast immer berufen fühlt, so verbleiben indes zwei Einzelpunkte, die ich ansprechen möchte:

- Der erste Punkt ist untergeordneter Natur, da er nur eine beiläufige Redewendung betrifft. Nach der Formulierung des Bundesgerichts kommt es für den Entscheid des vorliegenden Falles darauf an, ob der Fussballclub „sich aus einer Notlage heraus gezwungen sah, den mit diesem Inhalt *nicht gewollten* Vertrag abzuschliessen“. Der zitierte Satz (mit den von mir hervorgehobenen Worten) ist so formuliert, wie wenn der Übervorteilte, der den Vertrag mit dem für ihn ungünstigen Inhalt abschliesst, etwas anderes erklären würde, als was er tatsächlich will. In Wirklichkeit aber *will* der Übervorteilte den Abschluss des Vertrages

³² GAUCH, recht 1989, S. 91 ff., vgl. S. 93 und 97.

mit dem betreffenden Inhalt, doch verpönt das Gesetz die ausbeuterische Art und Weise, wie es zu seiner Vertragserklärung kommt. Das gilt auch für den Fall der ausgebeuteten Notlage, in dem der Übervorteilte den Abschluss des für ihn ungünstigen Vertrages deshalb *will*, weil er „gegenüber der Inkaufnahme drohender Nachteile“ den Abschluss dieses Vertrages „als das kleinere Übel betrachtet“ (S. 301). Zutreffend ist freilich, dass die Notlage sich insofern auf den Willen der betroffenen Partei auswirkt, als sie die Freiheit seiner Willensbildung beeinträchtigt. Gleich verhält es sich auch, wenn eine Vertragspartei durch eine Drohung der andern Partei oder eines Dritten zum Vertragsabschluss bestimmt wird (Art. 29 f. OR).

- Beim zweiten Punkt geht es nochmals um den *Begriff der Notlage*. Aus den gerichtlichen Erwägungen könnte man ableiten, dass das Bundesgericht die rechtserhebliche Notlage in einem *objektiven Sinn* versteht, also voraussetzt, dass sich der Übervorteilte, dessen Notlage ausgebeutet wird, in einer realen Zwangslage befindet. So verlangt das Bundesgericht an einer Stelle, dass die „Güterabwägung,“ die der Betroffene vornimmt, um den ungünstigen Vertrag als das kleinere Übel in Kauf zu nehmen, „auch in objektiver Betrachtung (Art. 2 Abs. 1 ZGB) als vertretbar erscheint“ (S. 301). Und an anderer Stelle spricht es von einer „objektiv rechtserheblichen Notlage“ (S. 302).

[63] Ob die zitierten Stellen ausreichen, um das Bundesgericht auf einen objektiven Begriff der Notlage „festzulegen“, mag offen bleiben. Viel wichtiger erscheint mir die grundsätzliche Frage, was gilt, wenn die Notlage nicht real, sondern nur in der Vorstellungswelt einer Partei existiert. Darauf hatte das Bundesgericht nicht zu antworten. Stellt man aber auf den Schutzzweck des Art. 21 OR ab, auf den das Bundesgericht immer wieder rekurriert, so kann es von der Rechtsfolge her keinen Unterschied machen, ob die ausgebeutete Notlage tatsächlich besteht oder ob die bloss subjektive Vorstellung einer Notlage ausgebeutet wird. Das gilt um so mehr, als der Ausbeuter sich auch im ersten Fall nicht die reale Notlage als solche, sondern die Vorstellung zu Nutze macht, die der Ausgebeutete von seiner Lage hat. Die Ausbeutung einer tatsächlichen Notlage wäre gar nicht möglich, ohne dass der Betroffene sich seiner Lage bewusst wäre.

Dem Gesagten zufolge gibt es keinen Grund, den Ausgebeuteten nur deshalb schlechter zu behandeln, weil die Notlage, die er sich vorstellt, tatsächlich gar nicht existiert. Auch die nur vorgestellte (imaginäre) Notlage ist für den, der in dieser Vorstellung behaftet ist, eine Wirklichkeit. Sie versetzt ihn in eine Schwächelage, gegen deren Ausbeutung er nach Massgabe des Art. 21 OR zu schützen ist. Gesetzestechisch lässt sich dies erreichen, indem man entweder den gesetzlichen Begriff der Notlage entsprechend auslegt oder die in Art. 21 OR aufgezählten Schwächelagen („Notlage“, „Unerfahrenheit“, „Leichtsinn“) um die Kategorie der nur vorgestellten Notlage erweitert. Auch das Letztere ist möglich, da die erwähnte Aufzählung keinen abschliessenden Charakter hat³³.

3. Das offenbare Leistungsmissverhältnis. Es bildet das objektive Tatbestandselement der Übervorteilung. Durch den ausbeuterischen Vertrag, um den es in Art. 21 OR geht, wird „ein offenes Missverhältnis zwischen der Leistung und der Gegenleistung begründet“. Für den vorliegenden Fall hat *die Vorinstanz* ein derartiges Missverhältnis bejaht, und zwar mit der Begründung, „der Fussballplatz liege als zonenwidrige Anlage in der Landwirtschaftszone und könnte daher anderweitig nur als Landwirtschaftsland genutzt werden. Damit aber liesse sich bloss ein Jahrespachtzins von rund Fr. 480.-- bis Fr. 720.-- erzielen. Mit dem vereinbarten

³³ Vgl. GAUCH, recht 1989, S. 97; BUCHER, zit. in Anm. 20, S. 232 f.

Jahresmietzins von Fr. 3'000.-- werde dieses Mass um mehr als 200% überschritten, was in objektiver Hinsicht den zivilrechtlichen Wuchertatbestand erfülle“ (S. 303).

a. Obwohl die vorstehenden Argumente auf den ersten Blick einleuchten, vermochten sie der *Nachprüfung durch das Bundesgericht* nicht standzuhalten. Vielmehr beanstandet das Bundesgericht, dass „die vermietetseitige Leistung bundesrechtswidrig bewertet“ worden sei (S. 303 f.). Weshalb das?

Das Bundesgericht geht aus von dem für Art. 21 OR anerkannten Grundsatz, dass „Leistung und Gegenleistung nach ihrem objektiven Wert zur Zeit des Vertragsschlusses“³⁴ zu bewerten sind³⁵, wofür, wenn möglich, auf den „Marktpreis gleicher oder jedenfalls vergleichbarer Leistungen“ abzustellen ist. Mit Blick auf den konkreten Fall fügt es dann hinzu, dass Gegenstand dieser Bewertung immer das vertraglich Vereinbarte sei³⁶, „mithin weder abweichend davon Geleistetes noch – bei Sachnutzungen – anderweitig Mögliches“. „Mit andern Worten ist bei der Bewertung des Nutzungswerts einer Mietsache der marktübliche Preis für die vertragskonforme Nutzung zu ermitteln und mit dem streitigen Entgelt zu vergleichen und ist unbeachtlich, welchen Ertrag das Objekt mit einer andern Nutzung abwerfen könnte. Zu fragen ist daher im vorliegenden Fall nach der Marktmiete für einen Fussballplatz und nicht nach dem landwirtschaftlichen Ertrag einer entsprechenden Bodenfläche“, wie die Vorinstanz es getan hat.³⁷

b. Weil die Vorinstanz gegen die vorstehenden Bemessungskriterien verstossen hat, wird die Berufung teilweise gutgeheissen und die Streitsache zu neuer Entscheidung an das Obergericht zurückgewiesen (S. 304). Die Rückweisung erfolgt zusammen mit Instruktionen, wie das vorinstanzliche Obergericht [64] bei der Neuentscheidung vorgehen muss. Eine dieser Instruktionen betrifft *die Feststellung des offenbaren Leistungsmissverhältnisses*, wozu das Bundesgericht (S. 304 f.) die folgenden Gedanken entwickelt:

„Der vereinbarte Jahresmietzins von Fr. 3'000.-- für eine Bodenfläche von 12'015 m² entspricht der Verzinsung eines Bodenwerts von rund Fr. 5.--/m² zu 5%. Das Obergericht wird in seinem neuen Entscheid ... zu prüfen haben, ob ein Entgelt in dieser Höhe von der marktüblichen Entschädigung für die Nutzung eines Fussballplatzes in vergleichbarer Lage derart abweicht, dass im Rahmen des richterlichen Ermessens (Art. 4 ZGB) von einer offenbaren Leistungsinequivalenz im streitigen Mietverhältnis auszugehen ist.³⁸ Fehlen aussagekräftige Vergleichspreise aus einschlägigen Mietverhältnissen, wird auf andere Bewertungskriterien auszuweichen sein, vorab auf den angemessenen Landwert unter Berücksichtigung der zonenfremden Nutzung und eine übliche Verzinsung nach den Marktsätzen im Zeitpunkt des Vertragsschlusses.“

³⁴ Das Abstellen auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses verlangt nicht, dass die Leistungen in jedem Falle so zu bewerten sind, wie wenn sie in diesem Zeitpunkt erbracht worden wären. Denn was eine vereinbarte Vertragsleistung bei Vertragsabschluss wert ist, beurteilt sich immer auch unter Berücksichtigung der Fälligkeit und der voraussichtlichen Dauer der Leistung. Bei aufschiebend bedingten Verträgen ist ausserdem die Ungewissheit, ob und wann eine Leistungspflicht entsteht, in die Bewertung einzubeziehen.

³⁵ Zitiert: BGE 61 II 31 E. 2a, 92 II 168 E. 2.

³⁶ Zitiert: KRAMER, Berner Kommentar, N 17 zu Art. 21 OR; GAUCH/SCHLUEP, zit. in Anm. 4, Nr. 734.

³⁷ Im Originaltext folgen weitere Ausführungen.

³⁸ Zitiert: KRAMER, Berner Kommentar, N 25 ff. zu Art. 21 OR.

c. Die bundesgerichtlichen Erwägungen zeigen, mit welchen Schwierigkeiten zu rechnen ist, wenn es um *die praktische Feststellung eines offenbaren Leistungsmissverhältnisses* geht.

- Im vorliegenden Fall beginnen *die Schwierigkeiten* schon mit der objektiven Bewertung der vereinbarten Mietleistung, worüber die Vorinstanz nach der Auffassung des Bundesgerichts gestolpert ist, weil sie den Wert der Leistung nach dem landwirtschaftlichen Ertrag des in der Landwirtschaftszone liegenden Bodens bemessen hat, obwohl das Mietobjekt als Fussballplatz vermietet wurde. Der Massstab der Vorinstanz kann jedenfalls dann nicht befriedigen, wenn man hinzunimmt, dass der vermietete Fussballplatz am zonenwidrigen Standort weiterhin betrieben werden darf, weil es sich um eine altrechtliche Anlage handelt (S. 303). So gesehen vermag die Kritik des Bundesgerichts zu überzeugen, ist doch allgemein bekannt, „dass Verkehrs- und Ertragswert einer zonenwidrig rechtmässig genutzten Liegenschaft sich nicht nach der zonenkonformen, sondern nach der effektiven, rechtmässigen Nutzung bemessen“ (S. 303 f.).

Überzeugend ist folglich auch die höchstrichterliche Instruktion, wie das offenbare Leistungsmissverhältnis im konkreten Fall festzustellen sei, was aber nicht ausschliesst, dass die praktische Umsetzung dieser Instruktion zu neuen Schwierigkeiten führt. So stellt sich schon die tatsächliche Frage, ob es überhaupt eine „marktübliche Entschädigung für die Nutzung eines Fussballplatzes“ gibt oder ob sich die Vorinstanz zum vornherein gezwungen sieht, auf „andere Bewertungskriterien“ auszuweichen.³⁹ Und in rechtlicher Hinsicht fragt sich, welche Anforderungen an das Vorliegen eines *offenbaren* Missverhältnisses zu stellen sind. Das Bundesgericht schweigt sich darüber aus. Entgegen restriktiven Lehrmeinungen, die für Art. 21 OR eine „aussergewöhnlich stossende Disparität“ der Werte⁴⁰ oder ein „schlechthin unerträgliches“ Missverhältnis⁴¹ verlangen, lehne ich extreme Anforderungen schon deshalb ab, weil Art. 21 OR nicht das Missverhältnis an sich sanktioniert, sondern die rücksichtslose Art und Weise, wie die eine Partei den ungleichgewichtigen Vertrag zum Nachteil der andern abgeschlossen hat.⁴²

- Während ich meine, dass das Bundesgericht die Bemessungsfrage *für den konkreten Fall* richtig entschieden hat, bin ich unsicher, ob sich die Idee, den Leistungswert einer Mietsache nach der vertragskonformen Nutzung zu bestimmen, generalisieren lässt und inwieweit sie auch auf andere Leistungen übertragbar ist. Da es zum Wesen der Unsicherheit gehört, dass der Unsichere keine sichere Antwort kennt, bleibt mir nichts anderes übrig, als die aufgeworfene Frage auf sich beruhen zu lassen. Auf *zwei Punkte* aber möchte ich dennoch hinweisen:

Erstens spricht das Bundesgericht von der „*vertragskonformen*“ Nutzung, nach dem sich der Leistungswert einer Mietsache richte. Davon zu unterscheiden ist ein rein subjektiver Verwendungszweck, der nicht zum Inhalt des Vertrages gehört. Auf einen solchen (vertragsfremden) Zweck, den der Empfänger mit der vereinbarten Leistung verfolgt, könnte es nicht ankommen, um den objektiven Wert der Leistung zu bestimmen.

³⁹ Indem das Bundesgericht die Vorinstanz anweist, mangels einer einschlägigen Marktübung auf „andere Bemessungskriterien“ auszuweichen, stellt es implizite klar, dass eine Beschränkung des Art. 21 OR auf Fälle, in denen für die fragliche Leistung „wenigstens ansatzweise ein Markt besteht“ (BUCHER, zit. in Anm. 20, S. 231), sich weder aufdrängt noch rechtfertigt (GAUCH, recht 1989, S. 95).

⁴⁰ BUCHER, zit. in Anm. 20, S. 228.

⁴¹ VON BÜREN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964, S. 227.

⁴² Eingehend: GAUCH, recht 1989, S. 95.

[65] Zweitens ist bei der Bewertung der Austauschleistungen stets auf den Gesamthalt des individuellen Einzelvertrages (unter Einbezug vereinbarter Fälligkeits-, Haftungs-, Freizeichnungs- oder anderer Klauseln) abzustellen und auch den besonderen Risiken Rechnung zu tragen, die sich für eine Partei aus der Abwicklung des konkreten Vertrages ergeben.⁴³ Dieser Gedanke wird im besprochenen Entscheid nicht explizit ausgesprochen; wohl deshalb nicht, weil das Bundesgericht nach dem Stand der Dinge keinen Anlass hatte, sich auch darüber zu äussern.

4. Das Element der Ausbeutung. Auch dieses Element gehört zum Tatbestand der Übervorteilung. Darauf bezieht sich *eine weitere Instruktion* des Bundesgerichts, die eingreifen soll, falls das Obergericht auch bei der erneuten Leistungsbewertung ein offenkundiges Missverhältnis der Austauschleistungen bejaht. Alsdann hat das Obergericht nach den Weisungen des Bundesgerichts (S. 305) zu prüfen, ob „unter den neuen Gegebenheiten das Tatbestandselement der Ausbeutung“ ebenfalls „zu bejahen ist, d.h., ob die Beklagte die Entscheidungsschwäche des Klägers in Kenntnis der offenkundigen Inäquivalenz der Leistungen ‘missbraucht’ hat“⁴⁴. Dabei bleibt, wie das Bundesgericht weiterfährt, „unbeachtlich, dass der Kläger an den Vertragsverhandlungen aktiv mitwirkte und seinerseits einen Jahresmietzins von Fr. 2'000.- anbot“. Denn „Ausbeutung setzt nicht voraus, dass die Anregung zum Vertragsschluss vom Übervorteilenden ausgegangen ist“⁴⁵.

An dieser Instruktion ist nichts auszusetzen. Sie beruht auf einem richtigen Verständnis der Ausbeutung. Wer „vollständig“ sein will, mag vielleicht beifügen, dass der Ausbeuter nicht nur die „offenkundige Inäquivalenz der Leistungen“ kennt, sondern auch die Schwächelage seines Verhandlungspartners⁴⁶, die er bewusst ausnutzt (oder „missbraucht“, wie es der italienische Gesetzestext formuliert), um sich durch den Abschluss des Vertrages übermässige Vorteile auf Kosten der Gegenpartei zu verschaffen.⁴⁷ Ob er selber den Vertrag gesucht hat oder sich auf Bitten des Übervorteilten (allenfalls nur „widerstrebend“) auf den Vertrag einliess, ist gleichgültig.⁴⁸ So oder anders verletzt der Ausbeuter das Gebot von Treu und Glauben, das die Parteien schon mit der Aufnahme der Vertragsverhandlungen zu gegenseitiger Rücksichtnahme verpflichtet. Sanktioniert wird sein „missbräuchliches“ Verhalten durch die Regel des Art. 21 OR, die „als Auswirkung des moralischen Fundaments des Privatrechts vor uns steht“⁴⁹.⁵⁰

⁴³ Eingehend: GAUCH, recht 1989, S. 96, mit weiteren Hinweisen.

⁴⁴ Zitiert: KRAMER, Berner Kommentar, N 33 zu Art. 21 OR; HUGUENIN JACOBS, Basler Kommentar, 2. Aufl., N 14 zu Art. 21 OR; GAUCH, recht 1989, S. 98.

⁴⁵ Zitiert: KRAMER, Berner Kommentar, N 33 zu Art. 21 OR; GAUCH, recht 1989, S. 98.

⁴⁶ BGE 95 II 112; 54 II 190. Zu einer Präzisierung vgl. GAUCH, recht 1989, S. 98, Anm. 76. Danach muss der Ausbeuter die Schwächelage zur Zeit des Vertragsabschlusses insoweit kennen, dass er um die unterlegene Verhandlungsposition seines Verhandlungspartners weiss, mag er auch über die Art der Schwäche (ob z.B. „Notlage“ oder „Unerfahrenheit“ vorliegt) nur ungenaue oder unrichtige Vorstellungen haben.

⁴⁷ Vgl. dazu GAUCH, recht 1989, S. 98.

⁴⁸ Anders: BUCHER, zit. in Anm. 20, S. 233 f.

⁴⁹ OFTINGER, Betrachtungen über die *laesio* im schweizerischen Recht, in: Ausgewählte Schriften, Zürich 1978, S. 155 ff., S. 164, mit Zitat.

⁵⁰ Zur Frage der Schadenersatzpflicht, über die Art. 21 OR sich ausschweigt, vgl. GAUCH, recht 1989, S. 100.

IV. Hommage

1. Der besprochene Entscheid ist in mehrfacher Hinsicht bemerkenswert. Abgesehen von seiner dogmatischen Dichte, an der man künftige Entscheide des Bundesgerichtes messen wird, gibt er *ein deutliches Signal*, wie sich der bisher vernachlässigte Art. 21 OR fruktifizieren lässt. Und das ist gut so. Denn wer es mit dem „sozialen Privatrecht“ (S. 298) ernst nimmt, der hat sich im Gebiete des Vertragsrechts zunächst darauf zu besinnen, welche Mittel das bereits geltende Gesetz zur Verfügung stellt, um die „materielle Vertragsgerechtigkeit“ zu verwirklichen. Ein taugliches Mittel ist Art. 21 OR, dem mehr als nur „marginale Bedeutung“⁵¹ zukommt, wenn er nur richtig verstanden und angewendet wird.

In BGE 123 III 292 ff. zeigt das Bundesgericht auf, was der Artikel zu leisten vermag. Sein Urteil liegt ganz auf der Linie, die schon der französischsprachige Berichterstatter im Nationalrat verfochten hat, als er bei der Beratung des Art. 21 OR zu bedenken gab, „que toute notre législation moderne est une législation sociale qui tend à la protection du faible, car il n'y a ni liberté, ni égalité quand, de deux parties contractantes, l'une est formidablement armée par son intelligence, ou par sa fortune, tandis que l'autre ne peut lui opposer que sa gêne, son inexpérience ou sa légèreté“.⁵²

2. Dem Fussballclub Lohn sei's gedankt, dass er den Anstoss zu diesem Urteil gab. [66] Andere Fussballvereine mögen *Fussballgeschichte* schreiben, – der Fussballclub Lohn ist in die *Geschichte des Art. 21 OR* eingegangen, was viel mehr ist als ein Aufstieg in die nächsthöhere Liga. Es ist ein Aufstieg in die Jurisprudenz! Dort hat er jetzt seinen festen Platz.⁵³ Wie auch immer sein Nachspiel in der Landwirtschaftszone von Thayngen ausgeht, eines ist sicher:

Die juristischen Kommentare, die langen und die kurzen, die Lehrbücher und die Skripten werden den Namen dieses Clubs verewigen; die Dozenten werden ihn zitieren; und selbstverständlich gehört er fortan auch zum juristischen Übungs- und Examensstoff, gleich wie der liebestolle Witwer, der „in das Netz einer im gefährlichen Alter stehenden Witwe geraten“ war (BGE 61 II 31 ff.). Kurz und gut: Für ganze Generationen von Juristen wird der Fussballclub Lohn zum Begriff, auch wenn sie sonst nur wenig oder überhaupt nichts von Fussball verstehen. Welcher andere Fussballclub der Schweiz hat schon *so viel* erreicht, welcher hat ein derart feines Publikum!

Korr.: sf, 25.6.2007

⁵¹ BUCHER, zit. in Anm. 20, S. 229.

⁵² ROSSEL, StenBull NatR 1909, 479.

⁵³ Vgl. z.B. schon KRAMER, Geltungserhaltende Reduktion bei Übervorteilung, AJP 12/1997, S. 1556 ff.